

QUATRO PERGUNTAS E QUATRO RESPOSTAS SOBRE O *AMICUS CURIAE*

Cassio Scarpinella Bueno

Mestre, Doutor e Livre-docente em direito processual civil pela PUCSP. Professor-doutor dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUCSP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Advogado em São Paulo

1) O que é *amicus curiae*?

Muito se tem escrito nas letras jurídicas brasileiras mais recentes sobre o *amicus curiae*. Quem ou o que ele é? De onde ele surgiu? O que ele faz ou pode fazer em juízo ou fora dele e assim por diante. Estas muito breves considerações têm a finalidade precípua de apresentar respostas a estas questões com o intuito de fomentar o debate que deve existir em torno desta figura.

A origem do *amicus curiae* não é clara na história do Direito. Há autores que afirmam estarem suas origens mais remotas no Direito Romano; outros, com base em ampla documentação, sustentam que a figura vem do Direito inglês, com uso freqüente desde o século XVII, de onde, gradativamente, passou a ter ampla atuação também no Direito norte-americano. A doutrina norte-americana é a mais completa e desenvolvida sobre a figura.

Tem sido bastante comum entre as nossas letras a afirmação de que o *amicus curiae* é o “amigo da Corte” ou o “colaborador da Corte”. Não há razão para discordar destas afirmações, mas elas são claramente insatisfatórias em

todos os sentidos. É que o nosso Direito não conhece, pelo menos como este nome, um “amigo” ou um “colaborador” da “Corte”, mesmo que se entenda por “Corte” os Tribunais ou, de forma ainda mais ampla, o Poder Judiciário. Assim, é inócuo, porque é vazio de significado para a experiência jurídica brasileira, ‘traduzir’ a expressão *amicus curiae* para o vernáculo. Ela, mesmo quando traduzida, não tem referencial na nossa história jurídica e, por isto, fica carente de verdadeira identificação. É o mesmo que traduzir a palavra *table* para o português. Se não se sabe o que é uma “mesa”, para quê ela serve, como ela se parece, é inócua a tradução. Falta referência. E mais: quando faço referência a *table* é bem provável que se pense que estou me valendo de uma palavra inglesa para me referir a “mesa”. Mas não necessariamente. *Table* também é palavra que, em francês, significa a mesma coisa. E mais: tanto em inglês como em francês, também pode ser usado como “quadro sinótico” e, por isto, a busca do “referencial” a que fiz alusão há pouco redonda necessariamente na busca do adequado contexto do uso da palavra. Não é diferente o que se dá com relação ao *amicus curiae*: é insuficiente sua “tradução vernacular”; é mister encontrar o seu referencial e seu contexto de análise no Direito brasileiro. Só assim é que as questões que abrem estas linhas podem, com algum grau de satisfação, ser respondidas.

Por esta razão é que, em trabalho a que me dediquei ao tema — “*Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático”, publicado pela Editora Saraiva, de São Paulo, no ano de 2006 e que ganhou nova edição em 2008 —, busquei, no Direito brasileiro, os referenciais mais próximos do que, de acordo com a experiência estrangeira, é o *amicus curiae*. Não me parece nem um pouco despropositado equiparar o *amicus curiae* a uma das funções que, entre nós, o Ministério Público sempre exerceu e continua a exercer — a de fiscal da lei (*custos legis*) — e, em menor escala, ao perito ou, mais amplamente, a um mecanismo de prova no sentido de ser uma das variadas formas de levar ao magistrado, assegurada, por definição, sua imparcialidade, elementos que, direta ou indiretamente, são relevantes para o proferimento de uma decisão.

É como se dissesse que o *amicus curiae* faz as vezes de um “fiscal da lei” — e não do fiscal da lei que o Direito brasileiro conhece, que é o Ministério Público — em uma sociedade incrivelmente complexa em todos os sentidos; como se ele fosse o ‘portador’ dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, colidentes ou não entre si, e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais. Ele,

o *amicus curiae*, tem que ser entendido como um adequado ‘representante’ destes interesses que existem, queiramos ou não, na sociedade e no Estado (“fora do processo”, portanto), mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “dentro do processo”. O *amicus*, neste sentido, atua em juízo em prol destes ‘interesses’ e é por isto mesmo que, na minha opinião, sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele, *amicus*, apresenta-se no plano material (isto é: “fora do processo”) como um “adequado representante destes interesses”.

E mais: no trabalho a que já fiz alusão, também busquei o adequado contexto de análise da figura. Para quê um “*amicus curiae*”? Não basta o nosso “fiscal da lei”? As respostas a estas perguntas estão necessariamente relacionadas. O *amicus curiae*, no Direito brasileiro, tem tudo para desempenhar um papel paralelo e complementar à função exercida tradicionalmente pelo *custos legis*, justamente porque uma das características mais marcantes da sociedade e do Estado atuais é o pluralismo. O transporte para o plano do processo deste pluralismo é providência inarredável sob pena de descompasso entre o que existe “fora” e “dentro” dele. Como estes interesses não são necessariamente “subjjetiváveis” nos indivíduos, faz-se mister encontrar quem o Direito brasileiro reconhece como seu legítimo portador. É este o contexto adequado de análise do *amicus curiae*. Não é diverso, de resto, com o que a história jurídica nacional recente experimentou relativamente às ações coletivas: quem tem condições de atuar em nome de uma dada coletividade em juízo? Quem tem “legitimidade” para tutelar, em juízo, interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos?

Assim, a pergunta “o que é *amicus curiae*?” deve ser entendida como “quem pode desempenhar o papel do *amicus curiae* no Direito brasileiro?”, isto é, quem pode levar ao Estado-juiz as vozes dispersas da sociedade civil e do Estado naqueles casos que, de uma forma ou de outra, serão sensivelmente afetadas pelo que vier a ser decidido em um dado caso concreto?

Neste contexto de análise, não há como recusar ser, o *amicus curiae*, agente do contraditório, entendido em amplitude diversa daquela em que, em geral, nossa doutrina se refere a ele. “Contraditório” no sentido de “cooperação”, de “coordenação”, de “colaboração”, numa leitura generosa do “modelo constitucional do processo civil brasileiro”, mas também — e a partir desta perspectiva de análise — dos arts. 339 e 341 do Código de Processo Civil. “Contraditório presumido”, “contraditório institucionalizado”: contraditório entendido à luz de uma sociedade e de um Estado plural.

2) O *amicus curiae* é previsto no Direito brasileiro?

Só há uma regra de direito positivo no Brasil que se refere expressamente ao *amicus curiae* no Direito brasileiro. Trata-se do art. 23, § 1º, da Resolução nº 390/2004 do Conselho da Justiça Federal.

Na Lei nº 9.868/1999, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, contudo, há previsão ampla o suficiente para albergar a atuação do *amicus curiae*. Refiro-me ao seu art. 7º, § 2º. Esta mesma lei, ao incluir três parágrafos no art. 482 do Código de Processo Civil, fornece, para o incidente de declaração de inconstitucionalidade regulado pelos art. 480 a 482 do CPC, o mesmo subsídio. O mesmo pode ser dito com relação ao incidente de uniformização de jurisprudência de que se ocupa o § 7º do art. 14 da Lei nº 10.259/2001, que cria e disciplina o Juizado Especial Federal, que, aliás, é o objeto de disciplina da referida Resolução nº 390 do Conselho da Justiça Federal. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi alterado recentemente para admitir que “quaisquer terceiros” — e pela amplitude da previsão não há razão para excluir o *amicus curiae* — sustentem oralmente suas razões nos julgamentos perante o Plenário ou perante as Turmas (art. 131, § 2º).

No mais, há diversos outros diplomas legislativos que, embora não tratem do *amicus curiae*, admitem intervenções diferenciadas de terceiro que, na minha opinião, é o que basta, analisadas as previsões no seu devido contexto, para verificar que esta situações correspondem, ou, quando menos, são bastante próximas da intervenção do *amicus curiae* tal qual admitida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que o conhecem. Assim, apenas para ilustrar a minha afirmação, no art. 5º da Lei nº 9.494/1997 (pessoas jurídicas federais de Direito público); no art. 31 da Lei nº 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários); no art. 89 da Lei nº 8.884/1994 (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e o art. 49 da Lei nº 8.906/1994 (Ordem dos Advogados do Brasil).

O que é relevante destacar, contudo, é que a admissão do *amicus curiae* para desempenhar o papel que, no Direito estrangeiro, ele desempenha (e que para nós, vale o destaque, é, em largas linhas, exercido pelo Ministério Público quando atua na qualidade de fiscal da lei) não depende de expressa previsão legislativa. Ela decorre do sistema processual civil, isto é, das próprias normas de direito processual civil quando analisadas, como devem ser, desde a Constituição Federal ou, como prefiro, desde o “modelo constitucional

do processo civil”. Foi a partir desta visão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu o instituto no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (aí entendidas as ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental), no que foi seguida por alguns Tribunais de Justiça no exercício do controle de constitucionalidade das leis municipais.

3) Qual é a função primordial do *amicus curiae* em juízo?

A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. É por isto que me refiro insistentemente ao *amicus curiae* como um “portador de interesses institucionais” a juízo. Ele atua, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável *terzietà* do juiz com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isto mesmo, defendidos) em juízo.

A percepção desta forma de intervenção que não depende necessariamente da convocação do magistrado, e sua sistematização, isto é, a sua compreensão mais ampla no direito processual civil brasileiro só tem a contribuir com a qualidade das decisões do nosso Judiciário e com sua aproximação com a sociedade civil organizada e do próprio Estado brasileiro em suas diversas manifestações e níveis.

4) Qual relação pode ser traçada entre os precedentes jurisdicionais e o *amicus curiae*?

Entendo que a atuação do *amicus curiae* é e deve ser a mais variada possível. Na prática do foro, a figura tem sido amplamente admitida pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Mas, acredito que não há qualquer óbice, muito pelo contrário, da figura ser amplamente aproveitada e generalizada. A situação retratada com relação à Súmula 309 do STJ tem tudo para ilustrar bem as diversas facetas que a figura pode assumir no dia-a-dia do foro.

Por isto mesmo é que me parece bastante desejável que a compreensão

desta figura vá muito além das poucas situações que, de uma forma mais ou menos clara, a lei dá a entender que ela não é de toda estranha do Direito brasileiro.

A possibilidade (e, mais do que isto, a necessidade) do alargamento da admissão do *amicus curiae* para além daqueles casos com a finalidade de suprir o que me parece poder ser chamado de “déficit democrático da atuação do Judiciário brasileiro” é um dos objetivos da minha pesquisa. Mais ainda, vale a ênfase, quando os “precedentes jurisdicionais”, não só dos Tribunais Superiores, assim entendidos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, mas, também dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, e, até mesmo, as “sentenças dos juízos” (e refiro-me, aqui, ao novel art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei nº 11.277/2006), têm o condão de alterar o procedimento do processo, abreviando-o em alguma medida mais ou menos clara e, até mesmo, vinculando o resultado a ser alcançado. Louvável a iniciativa, neste particular, de previsão de atuação do *amicus curiae* — embora com o nome genérico de “terceiros” ou de “terceiros sem interesse estritamente jurídico” — na lei que regulamenta as “súmulas vinculantes” expedidas pelo STF (Lei nº 11.417, art. 3º, § 2º) e na regulamentação da repercussão geral para fins de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 543-A, § 6º do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/2007).

Assim, para ir direto ao ponto, a prévia oitiva da sociedade civil organizada e do próprio Estado, em suas diversas órbitas de interesse, para fixar da melhor maneira possível (entendida esta expressão no seu sentido comum e amplo), o conteúdo do “precedente jurisdicional” não pode mais ser olvidado. O que os Tribunais decidem hoje vincula procedimentalmente e, até mesmo, o conteúdo, do que se decidirá amanhã. É esta uma tendência inegável das alterações que, há mais de quinze anos, vêm sendo feitas no processo civil brasileiro. É ler, apenas para ilustrar o acerto da afirmação, a transformação do art. 38 da Lei nº 8.038/1990 no atual art. 557 do CPC, com a redação da Lei nº 9.756/1998. É ler o § 1º do art. 518 do CPC, na redação da Lei nº 11.276/2006; é ler o já mencionado art. 285-A do CPC. É o que se verifica também no Projeto de Lei da Câmara nº 117/2007, já enviado à sanção presidencial, que se ocupa do que é chamado de “recursos especiais repetitivos”. No art. 543-C, § 4º, a ser inserido no Código de Processo Civil, o relator poderá ouvir pessoas, órgãos ou entidades representativas com interesse na controvérsia, a depender

da relevância da matéria. Isso, frise-se, sem dispensar a oitiva do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, nos termos do novo § 5º do mesmo art. 543-C.

Essa alteração de paradigma da própria atuação jurisdicional leva à formulação de algumas perguntas bastante significativas: as condições pelas quais os Tribunais decidem hoje são suficientes para afastar críticas ao seu entendimento? Todas as alegações pertinentes pró e contra uma dada tese foram suficientemente enfrentadas? A participação ampla do *amicus curiae* neste processo decisório é condição de legitimação destas decisões, cuja função última é valerem como paradigmas para os casos futuros. É neste sentido que o *amicus curiae* tem tudo para desempenhar o inafastável papel de “contraditório presumido” ou “contraditório institucionalizado” a que fiz referência acima.

O que há para se esperar por ora é que a alteração da Súmula 309 do STJ seja entendida, analisada e divulgada como “paradigmática” da função a ser desempenhada pelo *amicus curiae*; que outras entidades de classe — adequadas representantes de “interesses institucionais” — possam despertar para esta realidade e fazer ouvir em juízo as mesmas vozes que representam fora dele. Tudo em prol do fortalecimento das instituições e da própria sociedade civil brasileira.